

Tilburg University

Investeren in samenwerken

de Hoon, M.W.

Published in:
Alleen Samen

Publication date:
2010

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
de Hoon, M. W. (2010). Investeren in samenwerken: Wie betaalt de rekening voor niet terugverdiende kosten? In M. A. B. Chao-Duvis, C. E. C. Jansen, & J. B. M. Vranken (Eds.), *Alleen Samen: Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.A.M.C. van den Berg* (pp. 253-267). Stichting Instituut voor Bouwrecht.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Investeren in samenwerken: wie betaalt de rekening voor niet terugverdiende kosten?

mr. M.W. de Hoon¹

1. Inleiding

In een veel samenwerkingsvormen is het nodig dat partijen investeringen verrichten met het oog op de toekomst. Dit kunnen investeringen in voorraden en materialen zijn, in het aannemen en opleiden van arbeidskrachten of investeringen in het beheren van de relatie en de netwerken daar omheen. Deze investeringen zijn in beginsel voor eigen rekening en risico, als het goed is plukken de partijen er ten slotte zelf de vruchten van. Maar soms kan de rekening van niet terug verdiende investeringen geheel of gedeeltelijk doorgeschoven worden naar de wederpartij. Een bekend voorbeeld is het arrest *Mattel/Borka*, waar een vergoeding werd toegekend aan een opgezegde distributeur voor investeringen die na het verstrijken van de opzegtermijn niet terugverdiend zouden zijn.² Zo'n vergoeding voor tevergeefs verrichte investeringen wordt soms ook toegekend aan partijen die zich nog in de precontractuele fase van onderhandelen bevinden. Sinds *Plas/Valburg* weten we dat afgebroken onderhandelingen soms tot een vergoedingsplicht van reeds gemaakte kosten leidt, zelfs voordat partijen erop mochten vertrouwen dat de onderhandelingen in een overeenkomst zouden resulteren.³

Dat partijen kosten maken om overeenkomsten te sluiten dan wel te laten voortduren is een goede zaak. Zonder deze investeringen zouden partijen hun samenwerking niet, of niet optimaal, kunnen benutten. Bij eenvoudige transacties (transacties die uit niet meer bestaan dan een simpele uitwisseling van goederen) volstaan de geijkte juridische sancties om te voorkomen dat een contractspartij misbruik maakt van de ander. Bij complexe en langdurige samenwerkingsvormen is dit anders. Omdat prestaties zich niet goed laten afbakenen, kan minder eenvoudig vastgesteld worden of er sprake is van een tekortkoming in de nakoming. Daarmee komt een belangrijk deel van de geijkte juridische sanctionering te vervallen. Bevinden partijen zich nog in de precontractuele fase dan kunnen ze hun kosten, bij gebreke aan een voldoende concreet vooruitzicht op een overeenkomst, in het geheel niet op een contractuele basis vergoed krijgen. De genoemde arresten *Mattel/Borka* en *Plas/Valburg* tonen aan dat er weldegelijk nog andere mogelijkheden zijn, maar de vraag is wanneer investeringen nu wel en wanneer ze niet voor eigen rekening dienen te blijven. Het, voor het privaatrecht zo kenmerkende, antwoord hierop is dat dat vooral afhangt van de omstandigheden van het geval. Dat mag zo zijn, maar welke omstandigheden zijn relevant? Wanneer is 'een investeringsver-

1 Mw. Mr. M.W. de Hoon is universitair hoofddocent privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg, en rechter-plaatsvervanger bij Rechtbank 's-Hertogenbosch.

2 HR 21 juni 1991, *NJ* 1991, 742 (*Mattel/Borka*).

3 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (*Plas/Valburg*).

goeding' juridisch afdwingbaar? En welke (rechts)ontwikkeling is wenselijk, gegeven het uitgangspunt dat zowel over- als ondercompensatie verwerpelijk is?

Om deze vragen te beantwoorden ga ik allereerst dieper in op een aantal tot dusver toegekende 'investeringsvergoedingen' in de pre- en de postcontractuele fase (paragraaf 2). In de daaropvolgende paragrafen (paragraaf 3 t/m 6) volgt een uiteenzetting van de relevante omstandigheden bij de vraag of de investeringen voor eigen rekening blijven of niet. In de slotparagraaf ga ik kort in op de wenselijke (rechts)ontwikkeling.

2. Pre- en postcontractuele investeringsvergoedingen

2.1 Precontractuele investeringsvergoedingen

Onder een investeringsvergoeding versta ik een vergoeding voor niet terug verdiende investeringen. Als gezegd in de inleiding wordt een dergelijke vergoeding onder omstandigheden toegekend bij afgebroken onderhandelingen in de precontractuele fase. Contractsvrijheid is het uitgangspunt, maar onderhandelingspartners zijn op grond van redelijkheid en billijkheid gehouden rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.⁴ Sinds *Plas/Valburg* wordt de precontractuele fase gekenmerkt door drie fasen: in de eerste fase is afbreken geoorloofd zonder verdere consequenties, in de tweede fase is afbreken nog steeds geoorloofd, maar niet zonder de door de wederpartij gemaakte kosten te vergoeden en in de derde fase is afbreken niet meer geoorloofd. Deze laatste fase breekt aan als de onderhandelingen zover gevorderd zijn dat de wederpartij mag vertrouwen op het tot stand komen van de overeenkomst. In zo'n geval kan de afgebroken partij de winst vorderen die zij gemaakt zou hebben als het contract wel tot stand was gekomen (het positieve contractsbelang).

Sinds het arrest van de Hoge Raad van 12 augustus 2005 (*CBB/JPO*) geldt dat bij het aannemen van voormeld vertrouwen een 'strengte en tot terughoudendheid nopende maatstaf moet worden aangelegd'.⁵ Vereist is dat partijen ten minste overeenstemming over de essentialia van de overeenkomst, al is niet altijd zonder meer duidelijk wat daar precies onder verstaan moet worden.⁶ Op 29 februari 2008 (*X/Shell*) wees de Hoge

4 *Asser/Hartkamp* 4 II 2005, nr. 158.

5 HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (*CBB/JPO*). Volgens sommige auteurs heeft de Hoge Raad in het arrest *CBB/JPO* afstand genomen van de drie fasen leer. Anderen menen van niet, om de eenvoudige reden dat de Hoge Raad zich in het vermelde arrest niet heeft uitgelaten over de vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten zoals aan de orde in fase twee. Een overzicht van de auteurs die zich hierover hebben uitgelaten geeft onder meer Van de Berg in zijn annotatie bij het bewuste arrest (Van den Berg, *BR* 2006, p. 382-386). Van den Berg schaarft zich tot de laatste categorie: de groep auteurs die meent de Hoge Raad in *CBB/JPO* geen afstand heeft genomen van de drie fase leer. Zie voor deze kwestie ook de dissertatie van Ruygvoorn, die (terecht mijns inziens) tot de conclusie komt dat er van een werkelijke onenigheid geen sprake lijkt, maar van een etikettenstrijd. Er lijkt immers geen onenigheid te bestaan over het de vraag of bepaalde onderhandelingskosten onder bijzondere omstandigheden voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Of we dit als een fase twee moeten benoemen of niet, is niet wezenlijk van belang, zie M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009, p. 74 e.v.

6 De aard van de voorgenomen overeenkomst speelt hierbij een rol. Meer hierover volgt in paragraaf 6.

Raad een arrest over twee professionele partijen die met elkaar onderhandelden over een aandelentransactie.⁷ Van gerechtvaardigd vertrouwen op het tot stand komen van de overeenkomst kon in dit arrest geen sprake zijn, omdat partijen het uiteindelijk niet eens waren over de prijs, ook al was het verschil tussen de vraagprijs en het aanbod nog maar klein. Daarmee was vergoeding van het positieve contractsbelang volgens de Hoge Raad uitgesloten, want, zo overwoog de Hoge Raad (r.o. 3.4), voor vergoeding van het positieve contractsbelang is geen plaats 'wanneer de wederpartij van degene die de onderhandelingen afbrak niet erop mocht vertrouwen dat in ieder geval enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren.'⁸ Wanneer partijen wel en niet mogen vertrouwen op het tot stand komen van de overeenkomst blijft daarmee onzeker. De lagere rechtspraak die sinds *JPO/CBB* is gewezen vertoont een casuïstisch beeld. Duidelijk is wel dat de maatstaf streng is en inderdaad terughoudend wordt toegepast.⁹

De vergoeding van de kosten in de tweede fase is, door deze zeer strenge toepassing, voor de praktijk relevanter.¹⁰ Opvallend genoeg heeft de vergoeding van kosten zoals in de tweede fase minder aandacht gekregen in de literatuur dan de vergoeding van het positieve contractsbelang in de derde fase.¹¹ Afbreken is geoorloofd, maar niet zonder de vergoeding van (een deel van) de tevergeefs verrichte investeringen. Welke kosten komen voor vergoeding in aanmerking? Ook daarop is geen heel precies antwoord te geven. Wel is duidelijk dat ook hier een terughoudende maatstaf geldt. Dat niet altijd alle investeringen worden terugverdiend valt onder het normale ondernemersrisico. Sterker nog, in beginsel komen de tevergeefs gemaakte kosten voor eigen rekening. Alleen bijzondere omstandigheden kunnen rechtvaardigen dat de rekening wordt doorgeschoven.

7 HR 29 januari 2008, *RvdW* 2008, 284 (*X/Shell*).

8 Het omgekeerde geldt echter niet, zo weten we sinds HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 (*De Ruijterij/MBO*). De vaststelling dat een contractspartij mag vertrouwen op het tot stand komen van een overeenkomst betekent niet automatisch dat de afbrekende partij gehouden is de winst te vergoeden. De gerechtvaardigde belangen van de afbrekende partij spelen ook een rol, in het bijzonder als zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan.

9 Zie Ruygvoorn 2009, p. 81 e.v. voor een overzicht en uitvoerige bespreking van de rechtspraak sinds het arrest *JPO/CBB*.

10 Ook voor het vervolg van dit betoog is de kostenvergoeding van fase 2 *Plas/Valburg* interessanter dan het voor fase 3 typerende totstandkomingsvertrouwen. Ik richt me in het hiernavolgende dan ook vooral op de precontractuele aansprakelijkheid van fase 2 *Plas/Valburg*.

11 Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de vergoeding van het positieve contractsbelang (bestaande uit de misgelopen winst van de overeenkomst die nooit tot stand kwam) vanuit een rechtsvergelijkend oogpunt een vreemde eend in de bijt is. Geen van de ons omringende stelsels kent een dergelijke vergoeding toe, zie hiervoor onder meer M.W. Hesselink, 'De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese Privaatrecht', *WPNR* 1996, p. 879-883, p. 906-910. Ook in de in 2009 definitief vastgestelde *Common Frame of Reference* wordt, onder omstandigheden, uitsluitend een vergoeding voor tevergeefs verrichte kosten toegekend (*article 3:301 CFR; II. - 3:301: (1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract. (3) A person who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for any loss caused to the other party to the negotiations. (4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.*) Zie C. von Bar e.a. (red), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Munich: Sellier European Law Publishers 2009.

De Kluiver noemt de volgende omstandigheden die hierbij relevant zijn: de specificiteit van activiteiten van de wederpartij ten opzichte van de afbrekende onderhandelingspartner; de mate waarin een exclusief beslag is gelegd op de beschikbare plannings- en onderhandelingscapaciteit van de wederpartij; de economische afhankelijkheid van de wederpartij van de afbrekende partij; de mate waarin toedoen van de afbrekende partij tot activiteiten van de wederpartij heeft geleid; de gerechtvaardigde verwachting bij de wederpartij dat (bepaalde) kosten geheel of gedeeltelijk zouden worden vergoed en tot slot de mate waarin de afbrekende partij ongerechtvaardigd zal worden verrijkt door de activiteiten van de wederpartij.¹²

Ruygvoorn erkent de relevantie van deze omstandigheden, maar hij benadrukt dat normale acquisitiekosten altijd voor eigen rekening dienen te blijven, zelfs als bijvoorbeeld een groot deel van de plannings- en onderhandelingscapaciteit door de voorgenomen overeenkomst in beslag is genomen. Alleen acquisitiekosten die 'uitstijgen boven datgene wat in normaal acquisitief opzicht, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijkerwijs van de onderhandelingspartner mogen worden verwacht als zijnde kosten die naar verkeersopvattingen voor eigen rekening dient te blijven' kunnen voor vergoeding in aanmerking komen.¹³ Een rechtvaardiging is volgens Ruygvoorn in elk geval aanwezig indien een onderhandelingspartner misbruik maakt van zijn onderhandelingspositie door steeds nieuwe eisen te stellen of door de andere partij onnodig lang in de onjuiste veronderstelling te laten verkeren dat hij nog kans maakt op verwerving van de opdracht, met geen ander doel dan om bijvoorbeeld een beter onderhandelingsresultaat met een derde partij te verkrijgen of om op die manier informatie te verkrijgen waarvoor anders betaald zou moeten worden.

De lagere rechtspraak vertoont ook op het punt van de kostenvergoeding een nogal casuïstisch beeld.¹⁴ Opvallend is wel dat de fasen steeds in een omgekeerde volgorde aan de orde komen. Het totstandkomingsvertrouwen van de derde fase wordt als eerste getoetst. Gezien de strenge maatstaf is het oordeel op dit punt meestal negatief, maar onmiddellijk daarna, als een soort van doekje voor het bloeden, weegt de rechtbank of het afbreken van de onderhandelingen mogelijk wel een vergoeding van kosten tot gevolg heeft. Het vertrouwensbeginsel lijkt ook hier een rol te spelen. In een tweetal recentere uitspraken bijvoorbeeld oordeelde de rechtbank dat een vergoeding van de tevergeefs gemaakte kosten in de rede lag, omdat de afbrekende onderhandelingspartner de indruk had gewekt dat de onderhandelingen in een ver stadium waren. Niet zover dat vertrouwd mocht worden op het tot stand komen van de overeenkomst, maar kennelijk wel dat de kosten op enigerlei wijze zouden worden terug verdiend.¹⁵ Het verschil is subtiel, maar niet onbelangrijk. Meer hierover volgt in paragraaf 4.

2.2 Postcontractuele investeringsvergoedingen

Investeringsvergoedingen (vergoedingen voor tevergeefs verrichte investeringen) komen ook in de postcontractuele fase voor. In de zaak die ten grondslag lag aan het arrest *Mattel/Borka* werd een investeringsvergoeding toegekend aan distributeur, nadat de leverancier de distributieovereenkomst had opgezegd.¹⁶ Van een dubbele compensatie was

12 H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 291 e.v.

13 Ruygvoorn 2009, p. 117-118.

14 Zie Ruygvoorn 2009, p. 126 e.v. voor een overzicht en uitvoerige bespreking.

15 Rb. Haarlem 14 mei 2008, *NJF* 2008, 362; Rb. Almelo 31 januari 2007, LJN: AZ9196.

16 HR 21 juni 1991, *NJ* 1991, 742 (*Mattel/Borka*).

volgens de Hoge Raad geen sprake, omdat het ging om investeringen die niet in de opzegtermijn terug verdiend konden worden. De opzegtermijn werd op zichzelf wel redelijk gevonden, maar de investeringen waren van die aard dat ze niet in de termijn terug verdiend konden worden. Hiermee hangt samen dat een al te lange opzegtermijn over het algemeen niet wenselijk wordt bevonden.¹⁷ Een lange voortzetting van de samenwerking, in de wetenschap dat deze zal eindigen, is om meerdere redenen niet wenselijk. Partijen zijn minder gemotiveerd en een deel van de tijd en energie besteden ze aan de aanpassing van de bedrijfsvoering. Ook naar de afnemers toe is het goed als de overgangsprikelen niet te lang duren. Een deel van de opzegtermijn is afkoopbaar, dat wil zeggen dat een deel van de termijn vervangen kan worden door de uitkering van de te verwachte netto winst gedurende de periode dat de termijn had moeten duren.¹⁸

Dit maakt de termijn en de vergoeding een systeem van communicerende vaten. Beiden dienen hetzelfde doel: de opgezegde partij de gelegenheid te geven zich aan te passen aan de op handen zijnde veranderingen.¹⁹ De aanvullende vergoeding zoals toegekend in *Mattel/Borka* komt minder vaak voor, maar dat bij opzegging een zekere termijn in acht genomen moet worden is een algemeen aanvaard gegeven.²⁰ De reden hiervoor is dat een partij, die wordt opgezegd zonder dat daarvoor aan haar zijde redenen waren, erop mag vertrouwen in de gelegenheid te worden gesteld de inmiddels verrichte en binnen het normale patroon vallende investeringen terug te verdienen. Dit betekent echter niet dat alle schade die verband houdt met de beëindiging vergoed wordt. Net als in de precontractuele fase, geldt ook in de postcontractuele fase dat het tevergeefs maken van kosten minstens voor een deel onder het ondernemersrisico valt. De vraag is hier welke kosten voor eigen rekening komen en welke niet.

Hierop is geen eenduidig antwoord te geven. Voor de bepaling van wat over het algemeen als een redelijke opzegtermijn gezien wordt, zoekt men doorgaans aansluiting bij de looptijd van de overeenkomst. De wet geeft voor de opzegtermijn voor de agent en werknemer een minimum dat in acht genomen moet worden, gebaseerd op de looptijd van de overeenkomst.²¹ Ook bij bepaling van de opzegtermijn voor de distributieovereenkomst wordt aansluiting gezocht bij de looptijd van het contract.²² De achterliggende gedachte hierbij is dat de aanpassingsbehoefte langer is naarmate de duur van de overeenkomst langer is. Er is, met andere woorden, meer geïnvesteerd naarmate de duur van het contract langer is. Hier valt natuurlijk wel iets op af te dingen, al was het alleen maar omdat het is aannemelijk dat in de beginfase initiële kosten zijn gemaakt die samenhangen met het opstarten van de onderneming. De aansluiting bij de looptijd van het contract heeft als voordeel dat het een gemakkelijk te hanteren criterium is. Als na-deel geldt echter dat er nog steeds veel discussie mogelijk is over wat nu in een concreet geval een redelijke opzegtermijn is, althans, wel bij de onbenoemde overeenkomsten.

17 J.M. Barendrecht, G.R.B. van Peursem, *Distributieovereenkomsten*, Deventer: Kluwer 1997, nr. 226.

18 Barendrecht & Van Peursem 1997, nr. 225.

19 Zie, met verwijzingen naar anderen, M.W. de Hoon, *Conflictbeheersing bij opzegging*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 205 e.v.

20 Zie *Asser/Hartkamp* 4 II 2005, nr. 311. Een uitzondering doet zich voor als opgezegd wordt om een dringende reden welke een opzegging op zeer korte termijn rechtvaardigt.

21 Zie artikel 7:437 BW voor de agentuurovereenkomst en artikel 7:672 BW voor de arbeidsovereenkomst.

22 Barendrecht & Van Peursem 1997, p. 155.

De richtlijn geeft niet meer dan een eerste indicatie en het ontbreekt nog aan een goed inzicht in de argumenten voor wat precies een redelijke termijn is.²³

Iets meer zicht hebben we op de argumenten voor wanneer een aanvullende compensatie in de rede ligt. Als gezegd dient het hier te gaan om investeringen die redelijkerwijs niet in de termijn terug verdiend kunnen worden en verlenging van de termijn is geen oplossing of is om bovengenoemde redenen niet wenselijk. Stein wees er in zijn noot bij *Mattel/Borka* al op dat dit criterium te ruim is. Zo kan een vergoedingsplicht volgens Stein alleen gepast zijn als het gedrag van de opzegde partij daartoe aanleiding geeft, bijvoorbeeld door de indruk te wekken dat de samenwerking voorlopig zal voortduren, dan wel door expliciet te verlangen dat de wederpartij bepaalde investeringen zal verrichten.²⁴ Ook als een leverancier nalaat te waarschuwen als hij op de hoogte is van omvangrijke investeringen, terwijl hij niet voornemens is de samenwerking nog lange tijd te laten voortduren, kan een vergoedingsplicht ontstaan.²⁵ Wel dient het te gaan om investeringen die niet of niet volledig zijn terug te verdienen zonder de voortzetting van de overeenkomst. De investeringen dienen, met andere woorden, relatiespecifiek te zijn. Meer hierover volgt in paragraaf 5.

Een postcontractuele investeringsvergoeding kan ook toegekend worden in zaken waarin partijen niet uitdrukkelijk hebben afgesproken dat er sprake is van een duurovereenkomst, maar waarin partijen wel geregeld zaken doen met elkaar. Als één van de twee de samenwerking op een zeker moment wil verbreken, claimt de ander dat dat niet zondermeer kan omdat een zekere termijn in acht moet worden genomen. Het verweer is dan doorgaans dat er slechts sprake was van een aantal eenmalige transacties op een rij, waar verder geen verplichtingen aan verbonden zijn. Dit verweer gaat over het algemeen niet op.²⁶ Ook als partijen regelmatig zaken met elkaar doen zonder dat ze daarover afspraken hebben gemaakt zijn ze gehouden tot op zekere hoogte rekening te houden met elkaars belangen. Meerdere eenmalige transacties op een rij kan betekenen dat de bedrijfsvoering daarop aangepast gaat worden. Als dat het geval is, is de wederpartij gehouden een opzegtermijn in acht te nemen en/of een vergoeding toe te kennen, vergelijkbaar met de situatie als waarin partijen wel expliciet overeenkomen dat er van een duurovereenkomst sprake is. Deze verplichting om rekening te houden met elkaars belangen reikt zelfs zover dat zij niet contractueel kan worden uitgesloten, althans, niet volgens het Hof te Amsterdam. In een, niet gepubliceerd, arrest van het hof hadden partijen in een overeenkomst vastgelegd dat de leveranties van kleding eenmalige transacties waren waar verder geen verplichtingen uit voortvloeiden. Het hof oordeelde dat partijen desondanks gehouden waren een termijn in acht te nemen op grond van artikel 6:2 BW.²⁷

23 Meer hierover volgt in paragraaf 4.

24 Zie voor een voorbeeld van de toepassing van dit aangescherpte criterium Rb. Rotterdam 12 oktober 2005, *NJF* 2006, 62.

25 Barendrecht & Van Peursem 1997, p. 161; C.A.M. van de Pavard, *De opzegging van distributieovereenkomsten. Een onderzoek naar regels betreffende de opzegging van distributieovereenkomsten in het bijzonder naar de grondslagen daarvan*, Deventer: Kluwer 1999, p. 124.

26 Barendrecht & Van Peursem 1997, p. 76. In dezelfde zin: Pres. Rb. Utrecht 28 april 2000, *KG* 2000, 125 (*B&G/De Merwede*).

27 Hof Amsterdam 27 september 2001, rolnr. 831/00 (*G Star/The Store*). Vgl. ook HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 98 (*Mooijman/Netjes*).

3. Kosten blijven in beginsel voor eigen rekening...

Als we de balans opmaken van de boven besproken investeringsvergoedingen dan springen er een tweetal zaken in het oog. Het eerste wat in het oog springt is het uitgangspunt dat de kosten die gemaakt worden met het oog op de samenwerking in de toekomst in beginsel voor eigen rekening komen. Voor zowel de pre- als voor de postcontractuele investeringsvergoeding geldt dat deze tevergeefs gemaakte kosten in beginsel onder het ondernemersrisico vallen. Dit uitgangspunt is stevig verankerd in zowel de rechtspraak als de literatuur. Zelfs in uitspraken waar wel een vergoeding wordt toegekend, wordt stevast herhaald dat de kosten in beginsel voor eigen rekening dienen te komen. Hetzelfde geldt voor de literatuur. 'Win some, lose some', zoals Ruygvoorn het treffend verwoordt.²⁸ Ondernemers behoren de risico's van de tevergeefs verrichte investeringen in beginsel zelf te dragen. Ze investeren ten slotte voor eigen gewin. Soms pakt het goed uit, andere keren niet. Het zou de omgekeerde wereld zijn als de kosten in beginsel niet voor eigen rekening zouden komen. Het tweede wat in het oog springt is de uitzonderingssituatie. Deze is in grote lijnen onder één noemer te vangen: als de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwd heeft op het terugverdienen van de kosten, kan een vergoeding in de rede liggen.

4. Tenzij gerechtvaardigd vertrouwd wordt op het terugverdienen van de kosten

Investeringsvergoedingen kunnen in elke fase van een samenwerking worden toegekend. De grondslag hiervoor is de (pre)contractuele redelijkheid en billijkheid.²⁹ Ondanks het uitgangspunt dat de kosten in beginsel voor eigen rekening komen, dient men steeds als een partij kosten maakt met het oog op de toekomstige samenwerking, bedacht te zijn op eventuele compensatie van kosten die niet (geheel) worden terugverdiend. Het maakt daarbij, in eerste instantie, niet uit of de tevergeefs gemaakte kosten met het oog op een nog te sluiten contract zijn gemaakt, of met het oog op voortzetting van de samenwerking, dat laatste al dan niet op basis van een expliciet overeengekomen duur-overeenkomst. Waar het op aankomt is of de ander gerechtvaardigd mag vertrouwen (in lijn met artikel 3:35 BW) op het terugverdienen van die kosten.³⁰ Gezien het uitgangspunt dat de kosten in beginsel voor eigen rekening dienen te blijven, mag het duidelijk zijn dat dit vertrouwen niet lichtvaardig mag worden beoordeeld. Er moet, met andere woorden, meer aan de hand zijn wil men gerechtvaardigd kunnen vertrouwen dat de kosten *niet* voor eigen rekening komen.

Kijken we nader naar deze uitzonderingssituatie, dan zien we dat het voor *het ontstaan van dat gerechtvaardigd vertrouwen* wel relevant is in welke fase van de samenwerking men zich bevindt. Moet de overeenkomst nog gesloten worden, dan blijven de kosten eerder voor eigen rekening dan wanneer het gaat om de voortzetting van een reeds jarenlange bestendige samenwerking. Niet voor niets is het in acht nemen van

28 Ruygvoorn 2009, p. 115.

29 Zie voor de precontractuele fase Asser/Hartkamp 4 II 2005, nr. 158 en voor de postcontractuele fase A. Hammerstein en J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking*, Deventer: Kluwer 2003, nr. 16.

30 Sinds HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647 (*Vogelaar/Skil*) weten we dat niet te zake doet of dit gerechtvaardigd vertrouwen bij *beide* partijen is ontstaan.

een opzegtermijn bij de opzegging van een duurovereenkomst een algemeen aanvaarde verplichting van contracterende partijen. Dat bij een overeenkomst voor *bepaalde tijd* in beginsel *geen* opzegtermijn in acht genomen hoeft te worden, is goed verklaarbaar vanuit het oogpunt van het gerechtvaardigd vertrouwen.³¹ Bij een contract voor bepaalde duur weet men immers vooraf waar men aan toe is. Als de wederpartij de indruk wekt dat de overeenkomst verlengd gaat worden, waardoor investeringen nog wel terugverdiend kunnen worden, kan er wel aanleiding zijn om een compensatie toe te kennen.

In de precontractuele fase mag men als gezegd minder snel vertrouwen op het terugverdienen van de kosten dan in de postcontractuele fase. Dit geldt in het bijzonder als voorbehouden zijn gemaakt over de verwachtingen die men mag ontleen aan de onderhandelingen.³² Dit neemt niet weg dat er ook een precontractuele aansprakelijkheid kan ontstaan in de precontractuele fase op basis van het gerechtvaardigd vertrouwen. Goed beschouwd kan men vrijwel elke aansprakelijkheid in de precontractuele fase baseren op het leerstuk van het gerechtvaardigd vertrouwen.³³ In de derde fase mag men gerechtvaardigd vertrouwen op het tot stand komen van de overeenkomst, in de tweede fase op het terugverdienen van (bepaalde) kosten. Dit laatste is uiteraard minder vergaand dan het eerste. Er zijn situaties denkbaar waarin men nog niet mag vertrouwen op het tot stand komen van de overeenkomst, maar wel op het terugverdienen van (bepaalde) kosten. Dit kan het geval zijn als een vergoeding van bepaalde kosten in een branche gebruikelijk is, bijvoorbeeld de vergoeding van het maken van een demo in de automatiseringsbranche.³⁴ De door Ruygvoorn genoemde situatie waarin een contractspartner misbruik maakt van zijn onderhandelingspositie door steeds nieuwe eisen te stellen in de precontractuele fase, alleen om op die manier informatie te verkrijgen waarvoor anders betaald zou moeten worden, laat zich naar mijn mening eveneens rubriceren onder de noemer van het gerechtvaardigd vertrouwen. In zo'n situatie mag de ander erop vertrouwen dat de kosten terugverdiend gaan worden, ofwel door totstandkoming van de overeenkomst, ofwel door een compensatie van tevergeefs gemaakte kosten als de onderhandelingen worden afgebroken. In zo'n situatie zou zelfs een contractueel voorbehoud doorbroken kunnen worden. Met Ruygvoorn ben ik van mening dat de omstandigheden genoemd door de Kluiver op zichzelf niet voldoende zijn om tot een precontractuele aansprakelijkheid te komen.³⁵ Alleen in de sleutel van het gerechtvaardigd vertrouwen kunnen ze tot aansprakelijkheid leiden.

Buiten het gerechtvaardigd vertrouwen zijn er situaties denkbaar waarin een vergoeding toegekend wordt op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Ook al is niet het gerechtvaardigd vertrouwen ontstaan dat kosten terugverdiend worden, dan nog kan een vergoeding in de rede liggen als de wederpartij voordeel heeft van de investeringen die door de ander zijn verricht. Het spreekt voor zich dat aan alle andere eisen van de verrijkingsvordering moet zijn voldaan.³⁶

In de postcontractuele fase mag men er in beginsel op vertrouwen dat investeringen met het oog op voortzetting van een samenwerking van onbepaalde duur terugverdiend kunnen worden, mits de investeringen vallen binnen het normale investeringsbeleid.

31 Uitzonderingen doen zich voor als een contractuele of wettelijke bepaling anders bepalen.

32 In dezelfde zin: Ruygvoorn 2009, p. 157 e.v.

33 Een uitzondering doet zich voor als sprake is van ongerechtvaardigde verrijking, zie hierover onder meer Van den Berg, *BR* 2006, p. 382-386.

34 Meer hierover in De Hoon 2005, p. 61 e.v.

35 Zie noot 11.

36 Zie hiervoor onder meer Van den Berg, *BR* 2006, p. 382-386.

Dit laatste betekent onder meer dat investeringen die het tot dan toe gebruikelijke investeringsbeleid ontstijgen, niet voor compensatie in aanmerking komen, tenzij de investeringen zijn verricht op aandringen van de wederpartij en/of de wederpartij de indruk heeft gewekt dat deze buitensporige investeringen wel terugverdiend zouden worden. Dit laatste kan, als gezegd, ook door stilzwijgend toe te zien hoe de ander flinke investeringen verricht die pas na lange tijd zullen worden terugverdiend, in de wetenschap dat de samenwerking in de nabije toekomst opgezegd zal worden.

De investeringen die wel vallen binnen het normale investeringsbeleid worden normaliter voldoende gecompenseerd door een opzegtermijn in acht te nemen. Moeilijkheid hierbij is wel dat het, bij gebreke aan een wettelijke of contractuele bepaling daartoe, tamelijk lastig kan zijn om vast te stellen wat een redelijke opzegtermijn is. Als gezegd zijn de richtlijnen die de literatuur hiervoor geeft wat kort door de bocht. De afhankelijkheidsgraad wat omzet betreft zou, naast de looptijd van het contract, minstens even sterk mee mogen wegen. Verder kan juist een kortlopende overeenkomst een (naar verhouding) hogere aanpassingsduur vergen, doordat de initiële kosten nog niet zijn terugverdiend.

Net als bij de precontractuele aansprakelijkheid is het denkbaar dat er daarnaast een vordering kan ontstaan op basis van ongerechtvaardigde verrijking. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als een contractspartij heeft geïnvesteerd (bijvoorbeeld door reclame uitingen) waar de ander de vruchten van plukt. Anders dan in de precontractuele fase, zal deze verrijking echter doorgaans gerechtvaardigd worden door de contractuele relatie. Waar dit niet het geval is, ligt een vordering op basis van de overeenkomst zelf veel meer voor de hand. Het inhoudelijke criterium voor toe- of afwijzing zal in ieder geval niet wezenlijk anders zijn: bij beide grondslagen geeft het vertrouwenscriterium de doorslag. Een claim op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan in de postcontractuele fase wel van betekenis zijn als er een derde in het spel komt, bijvoorbeeld een nieuw aangestelde distributeur die verrijkt wordt door de reclame activiteiten van de voormalige distributeur.³⁷

5. De aard van de gemaakte kosten

Is gerechtvaardigd vertrouwd, dan rijst de vraag of *alle* tevergeefs gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking komen. Het ziet er naar uit van niet, maar de vraag is welke kosten nu precies wel voor compensatie in aanmerking komen en welke niet. In de literatuur worden verschillende soorten kosten duidelijker onderscheiden dan in de rechtspraak. Voor de precontractuele aansprakelijkheid maakt Van den Berg een onderscheid tussen normale offerte kosten en kosten die worden gemaakt ter uitvoering van de voorgenomen overeenkomst.³⁸ De eerste soort kosten dient voor eigen rekening te blijven en de tweede soort kosten zou voor compensatie in aanmerking kunnen komen. Een soortgelijk onderscheid maakt Ruygvoorn, die spreekt van normale acquisitiekosten en

37 Meer hierover zie De Hoon 2005, p. 74-84.

38 M.A.M.C. van den Berg, 'Van 'alles of niets' tot gedeelde draaglast in de precontractuele fase', in: *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), Deventer: Kluwer 1997, p. 15-30. Zie ook M.A.B. Chao-Duvis, 'Vrijheid en aansprakelijkheid van (pre)contractuele partijen', *BR* 1994, p. 576, en De Kluiver 1992, p. 306, die beiden een soortgelijke onderscheiding in kosten maken.

kosten die daar bovenuit stijgen.³⁹ Het hanteren van het onderscheid zoals voorgesteld door Van den Berg en Ruygvoorn doet enerzijds recht aan het ondernemersrisico en anderzijds aan het vertrouwensbeginsel. Goed beschouwd kan dit onderscheid in de sleutel van het gerechtvaardigd vertrouwen gezet worden; ondernemers zouden er in beginsel nooit op mogen vertrouwen dat normale offertekosten in een precontractueel stadium vergoed kunnen worden.

Het zal niet altijd eenvoudig zijn precies aan te geven wat normale offerte kosten zijn en welke kosten kunnen worden beschouwd als kosten ter uitvoering van de overeenkomst. Onder normale offerte kosten vallen in ieder geval de kosten die gemaakt moeten worden om de wederpartij voldoende te kunnen informeren over de inhoud en omvang van de prestatie. In de automatiseringsbranche zou dit bijvoorbeeld betekenen dat in grote brokken wordt neergezet wat er geleverd wordt, op welke termijn en voor welke prijs. Een meer specifieke toepassing vereist een nader ontwerp waar ontwikkelkosten aan zijn verbonden. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het maken van een demo, aan de hand waarvan partijen samen kunnen zoeken naar mogelijke toepassingsproblemen en oplossingen. Deze werkzaamheden maken het mogelijk dat ook andere potentiële samenwerkingspartners van hetzelfde project hun voorbereidingen treffen. De ontwerp en ontwikkelkosten die aan dit proces verbonden zijn kunnen bij complexe samenwerkingsvormen gezien worden als een eerste stap in de uitvoering van de voorgenomen overeenkomst. Naarmate de samenwerking zich in dit precontractuele proces verdicht, zal sneller het vertrouwen ontstaan dat de kosten terugverdiend gaan worden, ofwel door de winst van het contract dat uiteindelijk gesloten wordt, ofwel door een compensatie van tevergeefs gemaakte kosten als de onderhandelingen op een zeker moment afgebroken gaan worden.

Bij de kostencategorie van het laatste soort (de uitvoeringskosten) is er zelfs iets voor te zeggen dat precontractuele voorbehouden doorbroken kunnen worden. Dit betekent niet dat de afspraak dat de precontractuele onderhandelingen niet tot aansprakelijkheid kan leiden geheel zonder betekenis is. Uiteraard zal er minder snel vertrouwd mogen worden op het terugverdienen van de kosten als een dergelijk voorbehoud is gemaakt. Maar feitelijk gedrag waar de ander uit op mag maken dat de kosten terugverdiend of gecompenseerd gaan worden kan op een zeker moment zwaarder gaan wegen. Bij grote en complexe voorgenomen overeenkomsten is in een precontractuele fase al sprake van samenwerkende partijen. Alleen met elkaar kunnen ze de finesses doordenken die nodig zijn om het project van start te laten gaan. Partijen zijn in zo'n situatie in grote mate afhankelijk van elkaar, waarmee overigens niet gezegd is dat er sprake is van een gelijkwaardige afhankelijkheidsrelatie. Niet zozeer de ongelijkheid van machtsverhoudingen rechtvaardigt in mijn ogen echter de compensatie van kosten, als wel de verklaringen en gedragingen waaruit de ander mocht afleiden dat de kosten zouden worden terugverdiend dan wel gecompenseerd.⁴⁰

In de postcontractuele fase kunnen ook verschillende kostensoorten onderscheiden worden. Eerder maakte ik al het onderscheid tussen de kosten die binnen het normale, tot dan toe gebruikelijke, investeringsbeleid vallen en kosten die daar bovenuit stijgen. De investeringen die wel binnen het tot dusver gebruikelijke investeringsbeleid passen komen in beginsel voor compensatie in aanmerking, de investeringen die daar bovenuit stijgen in beginsel niet. Eerder gaf ik al aan dat deze laatste kostensoort wel voor

39 Ruygvoorn 2009, p. 115 e.v.

40 Dit kan, naar mijn mening, anders zijn als overduidelijk misbruik wordt gemaakt van een monopoliepositie.

vergoeding in aanmerking komt als de ander de indruk mocht hebben dat de kosten gecompenseerd dan wel terugverdiend zouden worden.

In de postcontractuele fase speelt nog een ander onderscheid een rol, namelijk de kosten die relatiespecifiek zijn en de kosten die samenhangen met de algemene bedrijfsvoering. Relatiespecifieke kosten zijn kosten die alleen door voortzetting van de specifieke overeenkomst kunnen worden terugverdiend. Alleen die kosten komen voor vergoeding in aanmerking, andere kosten niet. Williamson heeft naam gemaakt op dit gebied.⁴¹ Hij onderscheidt op zijn beurt weer drie soorten relatiespecifieke investeringen: 1. locatiegebonden afhankelijk, 2. afhankelijkheid door investeringen in goederen (machines, softwaresystemen), en 3. afhankelijkheid door gespecialiseerde menselijke vaardigheden.⁴² De relatiespecifieke investeringen op deze drie gebieden komen voor compensatie in aanmerking, mits aan het bovengenoemde vertrouwenscriterium is voldaan. Opvallend genoeg wordt er in de rechtspraak en literatuur slechts een enkele keer uitdrukkelijk melding gemaakt van de mate waarin de investeringen relatiespecifiek zijn. In *Dr. Oetker/Expim* maakt de rechtbank een uitdrukkelijk onderscheid tussen specifieke investeringen voor de uitvoering van de overeenkomst en investeringen voor de algemene bedrijfsvoering.⁴³ Barendrecht en Van Peursem opteren voor toepassing van het criterium of investeringen niet of niet volledig terug te verdienen zijn zonder de voortzetting van de overeenkomst.⁴⁴ Ten slotte maken de *Principles of European Law (Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts)* melding van de noodzaak van *specificity*: alleen de investeringen die niet op andere wijze zijn terug te verdienen komen voor vergoeding in aanmerking.⁴⁵

6. De aard van de samenwerking

Net als de aard van de kosten, kan ook de aard van de samenwerking een rol spelen bij de vergoeding van tevergeefs gemaakte kosten. In de precontractuele fase speelt de aard van de samenwerking bijvoorbeeld een rol bij de vraag of een partij gerechtvaardigd mag vertrouwen dat de onderhandelingen zullen resulteren in een overeenkomst (fase 3 Plas/Valburg). Voor dat vertrouwen is het van belang dat partijen overeenstemming hebben bereikt over de essentialia van de overeenkomst. Wat de essentialia zijn wordt

41 O.E. Williamson, 'Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations', *Journal of Law & Economics* 1979, p. 233 e.v.

42 O.E. Williamson, 'Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange', *American Economic Review*, 1983, p. 519-538. Zie ook P.L. Joskow, 'Asset Specificity and the Structure of Vertical Relationships: Empirical Test of Transaction Cost Analysis', *Journal of Law, Economics and Organization*, 1988, p. 121-139.

43 Rb 's-Hertogenbosch 30 december 1994, *NJ Kort* 1995, 11 (*Dr. Oetker/Expim*), 7.4: 'De gebruikelijke specifiek voor de uitvoering van de betrokken overeenkomst gedane investeringen (bezien in het licht van het bij de wederpartij terecht levende vertrouwen dat de overeenkomst voorlopig zou worden voortgezet) moeten op de gebruikelijke wijze kunnen worden terugverdiend. Onder die investeringen zijn in elk geval begrepen die welke op verlangen van de opzeggende partij zijn gedaan. Investerings die zijn gedaan voor de algemene bedrijfsvoering van de wederpartij als zodanig vallen daar in beginsel buiten, evenals specifieke investeringen die het door beide partijen voorziene kader van de relatie te boven gaan.'

44 Barendrecht & Van Peursem 1997, p. 162.

45 M.W. Hesselink e.a. (red.), *Principles of European Law. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Oxford: Oxford University Press, article 1:302, Comments, F (b).

bepaald door de aard van de samenwerking. Een overeenkomst waarbij niet veel meer komt kijken dan een simpele uitwisseling van goederen heeft andere essentialia dan een samenwerking waarvoor intensief contact en een hoge mate van vertrouwen benodigd zal zijn. Een illustratief voorbeeld is de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 31 januari 2006 (*Roompot/Efteling*).⁴⁶ In de zaak die aan dit arrest ten grondslag lag werden de vergevorderde onderhandelingen over een te realiseren project ('Droomrijk') door Efteling afgebroken omdat de aandelen in Roompot in handen van een financieringsmaatschappij waren gekomen. Voor Efteling was dit een breekpunt, omdat gevreesd werd voor de continuering van de samenwerking. Een financieringsmaatschappij heeft, zo vreesde Efteling, mogelijk andere prioriteiten en belangen dan Roompot. Roompot deed de wijziging van de gezagsverhoudingen af als een irrelevant feit, omdat het niets afdeed aan de afspraken die Roompot en Efteling zouden maken. In ieder geval was het volgens Roompot als argument niet valide om de onderhandelingen in zo'n ver gevorderd stadium af te breken. Het Hof ging hier echter niet in mee: 'Roompot had moeten begrijpen dat deze verandering of kans op verandering, bedenkingen bij Efteling omtrent de consistentie van het beleid van Roompot zou oproepen.' Roompot mocht niet vertrouwen op het tot stand komen van de overeenkomst, omdat zij had moeten begrijpen dat de wijziging van de gezagsverhoudingen binnen Roompot een belangrijk punt zou kunnen zijn voor Efteling.

De aard van de samenwerking speelt een vergelijkbare rol bij de fase 2 Plas/Valburg aansprakelijkheid en de postcontractuele aansprakelijkheid, zij het iets minder prominent. Ook hier is er een verschil aannemelijk tussen tevergeefs gemaakte kosten met het oog op (de voortzetting van een) intensieve samenwerking dan wel een transactie waarbij niet veel meer komt kijken dan een simpele uitwisseling van goederen.⁴⁷ Sowieso is het aannemelijk dat minder geïnvesteerd hoeft te worden (in de precontractuele fase en in de uitvoeringsfase) in een eenvoudige transactie, vergeleken met bijvoorbeeld het eerder beschreven complexe automatiseringsproject. Daarnaast is het denkbaar dat bij een transactie waarbij de prestaties helder en eenvoudig af te bakenen zijn, minder snel aangenomen mag worden dat investeringen met het oog op de toekomst gecompenseerd gaan worden, in vergelijking met een intensieve samenwerking waarbij de over en weer te leveren prestaties niet eenvoudig af te bakenen zijn. Dit hangt samen met het feit dat het voor deze laatste categorie op voorhand moeilijk in te schatten is welke investeringen precies verricht moeten worden, terwijl de investeringen wel nodig zijn om de samenwerking optimaal te laten verlopen.

Goed beschouwd is een investeringsvergoeding in een eenvoudige transactie niet nodig om de samenwerking optimaal te laten verlopen. Omdat overzichtelijk is wie wat presteert, is de 'wederkerigheid' voldoende gewaarborgd door de normale mechanismen van de nakoming en niet-nakoming van contracten. Dit is anders in een intensieve

46 Hof 's-Hertogenbosch 31 januari 2006, *NJF* 2006, 308 (*Roompot/Efteling*).

47 Het onderscheid tussen beide contractstypen komt overeen met het onderscheid gemaakt door Ian R. Macneil. Macneil typeert zijn onderzoek als sociologisch onderzoek: hij onderzoekt het gedrag van (contracts)partijen van een complexe samenwerkingsvorm. Hij onderscheidt tussen *discrete transactions* en *relational contracts*. De eerste worden gekenmerkt door hun korte duur, de beperkte noodzaak van interactie, de mogelijkheid om vooraf de risico's nauwkeurig te bepalen, een minimale benodigde samenwerking en de afwezigheid van gedeelde winsten of verliezen. *Relational contracts* zijn op veel van deze punten (zo niet alle) tegengesteld. Macneil heeft zijn theorie in een veelheid aan publicaties nader uitgewerkt, zie bijvoorbeeld I.R. Macneil, 'Relational Contract Theory: Challenges and Queries', *Northwestern Law Review* 2000, p. 977-908.

samenwerkingsvorm, ongeacht de fase van de overeenkomst (precontractueel of post-contractueel). Een illustratief voorbeeld van compensatie in de postcontractuele fase is Jansen en *Brinkman/Kruiswijk*.⁴⁸ In de zaak die aan dit arrest ten grondslag lag hadden Jansen en Brinkman hun baan opgezegd ten behoeve van de verzorging van Kruiswijk en zijn gehandicapte zoon, met als tegenprestatie het vooruitzicht om in de toekomst het landgoed (onder nader te bepalen voorwaarden) in eigendom te verkrijgen. Zij verhuurden hun huis aan derden en namen hun intrek in het landgoed. Al na korte tijd loopt de samenwerking spaak. Het Hof zag geen aanleiding voor een vergoeding, maar de Hoge Raad casseerde (r.o. 4.5): 'blijkbaar gaat het hof ervan uit dat Jansen en Brinkman het risico hadden aanvaard dat de persoonlijke verhoudingen voortzetting van de relatie zouden verhinderen. Of het hof bij dat oordeel in aanmerking heeft genomen dat zij die relatie zijn aangegaan op dringend verzoek van Kruiswijk om hulp, met opoffering van banen en de privacy van een eigen huis voor zich en hun kinderen, blijkt echter niet'. De Hoge Raad spreekt hier van een gemist toekomstperspectief waarvoor een gedeeltelijke compensatie geboden zal moeten worden.

In bovengenoemde situaties is, met uitzondering van het zojuist genoemde arrest Jansen, *Brinkman/Kruiswijk* steeds sprake geweest van een zakelijke relatie: een samenwerking tussen twee ondernemingen. Investeringsvergoedingen zijn ook in andere rechtsverhoudingen gebruikelijk. Goed beschouwd kent het privaatrecht meer voorbeelden van compensatie voor tevergeefs verrichte investeringen in duurrelaties. Een voorbeeld is de vergoeding voor een huurder die heeft geïnvesteerd in het gehuurde object, waar de verhuurder na beëindiging de vruchten van plukt.⁴⁹ Een ander voorbeeld is een in 2008 door de Hoge Raad gewezen arrest, waarin een man een vergoeding (gebaseerd op ongerechtvaardigde verrijking) krijgt toegewezen voor tevergeefs verrichte investeringen in het in eigendom toebehorende huis van zijn ex-partner.⁵⁰ Ook de vergoeding naar billijkheid bij ontbinding van arbeidsrelaties kan geïnterpreteerd worden als een investeringsvergoeding. In de onlangs aangepaste kantonrechttersformule is het eventuele uitzicht op een nieuwe baan een belangrijke factor geworden. De uitkomst van de formule waarin het aantal dienstjaren worden vermenigvuldigd met de beloning wordt gecorrigeerd afhankelijk van de kans dat de werknemer haar investeringen kan verzilveren in een andere baan.⁵¹ Tot slot zou ook de partneralimentatie bij een echtscheiding gezien kunnen worden als een 'investeringsvergoeding'. Hierbij kan vooral gedacht worden aan de klassieke situatie waarin de vrouw thuis is gebleven om voor de kinderen te zorgen, terwijl de man carrière heeft gemaakt.

48 HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 614 (Jansen, *Brinkman/Kruiswijk*).

49 De wet kent een dergelijke vergoeding overigens slechts in uitzonderlijke gevallen toe (zie artikel 7:216 lid 3 BW). Niet alleen moet voldaan zijn aan de vereisten voor ongerechtvaardigde verrijking, ook moeten de investeringen (in beginsel) zijn verricht met toestemming van de verhuurder.

50 HR 5 september 2008, *NJ* 2008, 481. Zie over dit arrest T.J. Mellema-Kranenburg, 'Is er plaats voor een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking bij samenwoners?', *WPNR* 2009/6785, p. 111-113. Opvallend is dat in 1986 een soortgelijke claim nog werd afgewezen, zie HR 11 april 1986, *NJ* 1986, 622 (*Baartman/Huijbers*).

51 Zie het persbericht van 30 oktober 2008, te downloaden via: <http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Aanpassingen+kantonrechttersformule.htm>.

7. Slot

De hierboven genoemde voorbeelden tonen aan dat het privaatrecht in veel rechtsverhoudingen compensatie toekent voor tevergeefs verrichte investeringen die zijn verricht met het oog op de toekomst. In al deze situaties is het zaak een goede balans te vinden tussen enerzijds het dragen van eigen verantwoordelijkheid voor keuzes om in bepaalde relaties wel te investeren en in anderen juist niet, anderzijds te zorgen voor een beschermingsmechanisme tegen opportunistisch gedrag. Slaat de balans te ver door naar bescherming, dan doet dat in het geval van zakelijke relaties geen recht aan het ondernemersrisico. Gaat het om een rechtsverhouding waarbij natuurlijke personen zijn betrokken, dan ontstaat er het gevaar dat relaties teveel gejuridiseerd gaan worden. Onderbescherming is echter even onwenselijk als overbescherming, want bij het ontbreken van een beschermingsmechanisme zal er niet altijd optimaal geïnvesteerd worden in een samenwerking. Dit probleem is ook door economen en sociologen beschreven. Economen spreken van het *hold-up* probleem, sociologen van het vertrouwensprobleem.⁵² Zowel economen als sociologen zien (een deel van) de oplossing op het juridische vlak, namelijk zorgen voor afdwingbare juridische contracten waarin goede afspraken neergelegd zijn over de investeringen die beide partijen verrichten. Zelf voeg ik daar graag aan toe dat dat niet alleen geldt voor de investeringen die voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst zijn verricht, maar ook voor de investeringen die nadien worden verricht.

In de rechtspraak en literatuur is voor de pre- en postcontractuele aansprakelijkheid inmiddels een vernuftig systeem tot ontwikkeling gekomen waarin een aardige balans is gevonden. Van een overduidelijke overbescherming dan wel onderbescherming is geen sprake. Het uitgangspunt dat de tevergeefs verrichte kosten in beginsel voor eigen rekening blijven, tenzij gerechtvaardigd is vertrouwd op het terugverdienen van de kosten, lijkt een werkbaar uitgangspunt. De vraag is wel of een gemiddeld contract van een intensieve samenwerking voldoende aandacht heeft voor investeringen die na het sluiten van de overeenkomst worden verricht. Mijn indruk is dat daar bij complexe samenwerkingsvormen nog weinig aandacht voor is. Is het contract eenmaal gesloten, dan is de vraag of bepaalde kosten wel of niet voor eigen rekening blijven al snel een uitlegkwestie: moeten de in het contract opgenomen specificaties van de prestaties zo uitgelegd worden dat de kosten wel, of juist niet doorberekend kunnen worden aan de ander? Dat zal soms een zeer zinvolle benadering zijn, maar niet altijd. In een samenwerking waarbij partijen nieuwe projecten op de agenda hebben staan, werpt een meer toekomstgerichte benadering waarschijnlijk meer vruchten af. Op z'n minst zou het aardig zijn als we een meer systematisch onderzocht beeld zouden krijgen van hoe de praktijk met investeringen na het sluiten van het contract omgaat en waar deze aanpak toe leidt.

De laatste woorden wijd ik aan Matton van den Berg, die vele jaren ontzettend veel heeft geïnvesteerd in zijn werk. In hoeverre die investeringen voor hemzelf hebben op-

52 Twee klassieke werken over dit onderwerp zijn van Goldberg en Klein: V.P. Goldberg, 'Regulation and Administered Contracts', *Bell Journal of Economic*, 1976, p. 439-441; B. Klein, 'Transaction Cost Determinants of Unfair Contractual Arrangements', *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 1980, p. 356-362. Sociologisch onderzoek over het vertrouwensprobleem wordt verricht door Raub en zijn naaste collega's. Zie bijvoorbeeld de oratie van Raub (W. Raub, *Samenwerking in duurzame relaties en sociale cohesie*, oratie Utrecht 1997), met verwijzingen naar anderen.

Investeren in samenwerken: wie betaalt de rekening voor niet terugverdiende kosten?

geleverd wat hij had gehoopt, kan alleen hij beoordelen. Eén ding staat vast: zijn naaste collega's (waar ik mezelf onder mag rekenen) hebben al die jaren meer dan royaal de vruchten mogen plukken van zijn betrokkenheid, zijn warme en krachtige persoonlijkheid, en (last but not least) zijn voortreffelijke juridische kwaliteiten.